

# El abuso de la posición jurídica del socio<sup>\*</sup>

LINA FERNANDA HENAO BELTRÁN<sup>\*\*</sup>

## RESUMEN

En el contexto de las sociedades de capital en el derecho español, este trabajo pretende presentar brevemente los derechos de los socios en general junto con el deber de lealtad y el interés social como derroteros de sus actuaciones en el desarrollo de la empresa social. Una vez realizada esta tarea, se elaborará un estudio de los grupos de casos más representativos del ejercicio abusivo de los derechos del socio, desde una triple dimensión: como socio mayoritario, minoritario y socio de bloqueo, y también se expondrán las alternativas de soluciones propuestas en el seno de la Ley de Sociedades de Capital y, en ausencia de estas, las planteadas por la doctrina y la jurisprudencia, que incluyen la proyección en materia societaria de la institución del abuso del derecho consagrada en el Código Civil.

## PALABRAS CLAVE

Interés social, lealtad, abuso de derecho, socio de control, socio mayoritario, socio minoritario.

## ABSTRACT

In the context of limited liability companies under Spanish law this paper aims to briefly address, firstly the rights of the general partners and secondly, the duty of loyalty and the social interest as the guiding elements for their actions in the development of social enterprise. After this, the author will study the

\* Fecha de recepción: 4 de julio de 2014. Fecha de aceptación: 4 de diciembre de 2014. Para citar el artículo: HENAO, L. "El abuso de la posición jurídica del socio", en *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 13, n.º 2, julio-diciembre, 2014, pp. 97-129.

\*\* Abogada y especialista en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Derecho de la Empresa y de los Negocios de la Universidad de Barcelona. Candidata a doctora en Derecho de la Universidad de Barcelona. Correo-e: [lina.henao@uexternado.edu.co](mailto:lina.henao@uexternado.edu.co).

most representative groups of cases from the perspective of the majority, minority and the partners who blocked decisions by its shareholder possession, taking into consideration the alternative solutions proposed by the Companies Act, and, in the absence of these, those raised by legal literature and case law, including the projection in corporate matters of the institution of abuse of rights enshrined in the Civil Code.

## KEYWORDS

Abuse of rights, limited liability companies, majority shareholders, minority shareholders, duty of loyalty, social interest.

## I. SOBRE LOS DERECHOS DEL SOCIO EN GENERAL

La posición jurídica del accionista o el *status* de socio se adquiere mediante la suscripción de las acciones en la sociedad; tal como señala DÍAZ ECHEGARAY, esta condición jurídica va atada a la titularidad de una o varias acciones que traen consigo una serie de derechos, facultades y obligaciones, que cualifican su posición dentro de la sociedad<sup>1</sup>.

Tradicionalmente la doctrina ha clasificado los derechos de los socios en derechos económicos o patrimoniales y administrativos o políticos. Los primeros son los que permiten al socio participar en las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación, por tanto atienden a la finalidad lucrativa de los socios; y los de la segunda clase comprenden el de asistir y votar en las juntas generales, el de impugnación de los acuerdos sociales y el de información, por lo que son los que permiten a los socios intervenir dentro de la sociedad y participar en la organización de la empresa.

Desde un punto de vista organizativo, los derechos de los socios también son considerados como límites a las actuaciones de los órganos de la sociedad, de los poderes tanto de la junta general como de los del órgano de administración<sup>2</sup>.

1 DÍAZ ECHEGARAY, J. L. *Los derechos mínimos del socio*, Ediciones Experiencia, 2005, p. 13.

2 MARTÍNEZ FLÓREZ, A. "Los derechos individuales de los socios ante la modificación de los estatutos en la sociedad limitada. Primera parte", *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 34, Aranzadi, 2010, p. 57. Además, JUSTE MENCIA, J. *Los derechos de la minoría en la sociedad anónima*, Aranzadi, 1995; BERTA, G. *La tutela dei soci*, Giappichelli Editore, 2008; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. "La posición jurídica de socio en las sociedades de capital: un análisis típico de los derechos políticos del accionista", en AA. VV. *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal: libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, vol. 1, Marcial Pons, 2007, pp. 531-562; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. "Junta general y derechos del socio en las recomendaciones del Código Unificado a las Sociedades Cotizadas", en AA. VV. *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal: libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, Marcial Pons,

Asimismo, cabe señalar que la categoría de los derechos individuales de los socios fue construida en el seno de la sociedad anónima y como parte del contenido de la condición de socio, por lo que se trata de los derechos que reconocen y tutelan el conjunto de facultades atribuidas al socio en cuanto tal. La nota característica de estos derechos es la de su inderogabilidad a manos de la mayoría sin el consentimiento previo de su titular; de acuerdo con SÁNCHEZ RUIZ, la inderogabilidad, como la regla general de este tipo de derechos a favor de los socios, debe entenderse como la prohibición de derogar sin su consentimiento dicha facultad cuando así haya sido previsto de forma expresa en la ley, y ello como resultado de la aplicación del principio de igualdad o paridad de tratamiento de los socios que impide realizar discriminaciones entre estos sin tomar en consideración la voluntad individual de los accionistas<sup>3</sup>.

El accionista en principio es libre de ejercitar los derechos de los que es titular, ya sea en su condición individual o como parte de una minoría, a la que la ley ha dotado de mecanismos para discrepar legítimamente de la mayoría y tutelar su posición jurídica, eludiendo la aplicación inflexible del principio mayoritario. De esta forma los socios cuentan con medidas de control de la gestión de los administradores, sobre el desarrollo de la actividad social, para la defensa de sus intereses o las conducentes a evitar la disolución de su participación política y económica en la sociedad<sup>4</sup>.

Ahora, al hacer referencia a los derechos de los socios, cabe hablar de aquellos ya sea en la calidad de socio-individuo, o bien del socio minoritario como colectividad que debe ser considerada centro de atención legislativa por ser titular de intereses legítimos de tutela.<sup>5</sup>

Los derechos de la llamada minoría cualificada han sido caracterizados como derechos que derivan de la condición de socio, pero cuyo ejercicio está subordinado a la titularidad de acciones que representen una cuota minoritaria del capital. Por tanto, "se trata de derechos comunes, [...] cuyo ejercicio está al

2007, vol. 2, p. 1089-1120; AA. VV. *Los derechos de los accionistas en las sociedades cotizadas. El proceso de adaptación de la Directiva 2007/36/CE, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas en España e Italia*, Tirant lo Blanch, 2011; MASCHERONI, F. H. *Régimen jurídico del socio: derechos y obligaciones en las sociedades comerciales*, Astrea, 1996.

3 SÁNCHEZ RUIZ, M. *Conflictos de intereses entre socios en las sociedades de capital*, Aranzadi, 2000, p. 105.

4 RUBIO VICENTE, P. J. "Una aproximación al abuso de minoría en la sociedad anónima", en *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, 2003, n.º 21, p. 89.

5 En palabras de FUENTES NAHARRO, en la clasificación de socio minoritario cabe distinguir entre aquellos que en sentido estricto hacen parte de una minoría cualificada o formal que precisa la posesión de cierto porcentaje representativo del capital, y aquella minoría en sentido amplio que se refiere a los derechos de los socios individualmente considerados. Cfr. FUENTES NAHARRO, M. "El accionista 'depredador'. Un acercamiento a la figura y su problemática a partir de la experiencia comparada", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º 128, CDBB, 2012, p. 8.

alcance de cualquier socio, sin más limitación legal que el ejercicio cuantitativo que, en cada caso, para su ejercicio se establezca"<sup>6</sup>.

Su contenido es esencialmente administrativo, a diferencia de los derechos especiales o de categoría que suelen ser de contenido patrimonial y reconocidos en los estatutos a uno o más socios a cuyas acciones o participaciones van ligados.

Así las cosas, no debe desconocerse la dimensión colectiva de los derechos de la minoría cualificada, ya que su ejercicio necesariamente presupone la agrupación de varios socios cuya conjunta participación en el capital permite alcanzar el porcentaje legal correspondiente. Por este motivo, en palabras de SÁNCHEZ RUIZ, son derechos que se conceden en interés del socio, pero con tal de que sea interés en la sociedad y no intereses suyos, extraños a aquella.

Tales derechos en ocasiones son apenas un límite meramente cuantitativo al poder de la mayoría para imponer su voluntad en el seno de la junta general (derechos de defensa); otras veces permiten actuar a la minoría como un contrapeso de la mayoría que contribuye a impedir el carácter omnímodo de su poder (derechos de iniciativa); y finalmente, algunos otorgan a la minoría una serie de instrumentos, judiciales y extrajudiciales, que le permite controlar más activamente la marcha de la sociedad (derechos de control).

Los derechos de defensa a los que se ha hecho referencia establecen un límite o freno al poder de la mayoría para la adopción de acuerdos, no mediante un refuerzo directo de la mayoría requerida para su válida adopción —que podría verse entorpecida—, sino a través de la paralela exigencia de que el rechazo al acuerdo por la minoría disconforme no sobrepase una determinada proporción del capital social.

Por otro lado, los llamados derechos de iniciativa conceden a la minoría un poder de decisión en defensa de sus intereses, que no puede ser enervado *a priori* por la mayoría y que sirve para equilibrar su situación de sometimiento al poder mayoritario.

Por último, los derechos de control otorgan a la minoría instrumentos para controlar más activamente el ejercicio del poder mayoritario. Tal como afirma POLO SÁNCHEZ:

[...] estos derechos, aunque heterogéneos en su contenido y distintos en su finalidad, tienen, sin embargo, un punto de coincidencia: su ejercicio. En efecto, [...] ninguno de ellos —con la obvia salvedad de la impugnación de los acuerdos del consejo— requiere que los accionistas acrediten de una u otra forma el abuso de su poder por los socios mayoritarios o por los administradores sociales, ni la lesión de los intereses de la sociedad (o de los propios), ni el beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, ni la intención de la mayoría de causar un perjuicio a otros accionistas. Son derechos que se otorgan *per se*, por el mero hecho

6 SÁNCHEZ RUIZ. *Op. cit.*, p. 121.

de representar una participación que la Ley estima suficientemente significativa en el capital de la sociedad y que permiten a la minoría una defensa activa de sus intereses frente a los intereses de la mayoría sin necesidad de que esta haya abusado previamente de su poder<sup>7</sup>.

Sin embargo, la característica principal de los derechos de minoría cualificada que condiciona su ejercicio a que se realice por el porcentaje que la ley ha estimado, no escapa a las críticas en la doctrina. Desde el punto de vista de la técnica jurídica, no se justifica en nada la rigidez de la proporción exigida para el ejercicio de ciertos derechos; en el caso de las sociedades anónimas pequeñas este porcentaje puede significar un arma de altísimo riesgo en manos de pequeñas minorías, mientras que en las sociedades cotizadas puede ser un valor inalcanzable para las mismas<sup>8</sup>.

Por lo anterior, en los antecedentes de algunas reformas a la Ley de sociedades se ha percibido la intención de introducir un concepto de minoría variable en función del capital que ostenten las sociedades. Así las cosas, a los efectos de atribuir aquellos derechos de los accionistas no inherentes a la condición de socio, sino a la posesión de una determinada parte del capital social, por minoría se entendería no un porcentaje o proporción única de acciones, sino que se consideraría como tales a los socios que se encuentren dentro de una escala de tramos fijada según la cifra del capital social.

## II. EL DEBER DE LEALTAD Y FIDELIDAD DEL SOCIO

La situación de igualdad de los socios dentro de una compañía exige de estos una actuación guiada por los parámetros de conducta de la buena fe y la fidelidad, lo que significa que el ejercicio de tales derechos en su propio interés, cuando tenga incidencia en la conformación de la voluntad social desde sus

7 POLO SÁNCHEZ, E. M. "Abuso o tiranía. Reflexiones sobre la dialéctica entre mayoría y minoría en la sociedad anónima", en AA. VV. *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. 2, Civitas, 1996, p. 2285.

8 Bien expone POLO SÁNCHEZ este extremo al señalar: "La atribución de los derechos de la minoría en función del número proporcional de acciones que ostenten en el capital de la sociedad tiene en casi todos los ordenamientos una excesiva rigidez que frustra, por exceso o por defecto, la consecución de los fines para los que fue concebida". Y continúa: "Mientras que en algunas grandes sociedades la magnitud relativa del porcentaje, lejos de proteger los intereses de sus minorías, sirve para fomentar el abuso de la mayoría, hurtando, de un lado, a los socios minoritarios aquellos instrumentos que la ley pone –o, más exactamente, debería poner– en sus manos, ya que han sido específicamente concebidos para su tutela, y liberando, de otro, a los mayoritarios de todo freno en su actuación; en cambio, en las pequeñas o, si se quiere, pequeñísimas sociedades, la escasez asimismo relativa de la proporción otorga a algunas minorías una situación de prepotencia que no se justifica en razón de su exigua relevancia en el conjunto de la sociedad". *Ibid.*, pp. 2289-2290.

órganos, no se puede contraponer al interés de la sociedad, como persona jurídica, sin atentar contra la propia personalidad de la sociedad.

Este deber de fidelidad, afirma CEBRIÁ, ha de ser entendido desde una doble perspectiva, una proactiva y una propasiva. La primera de las facetas no es exigible a todos los socios en las sociedades de capital, pues el socio inversor de la sociedad anónima abierta no está obligado a cumplir un deber de colaboración que le constriña a participar activamente en la vida social; cuestión distinta sucede tratándose de aquellos socios que desde su posición –*v. gr.*, los socios de control– pueden incidir directamente sobre los acuerdos adoptados en la junta general o influir sobre el comportamiento de los demás órganos sociales; sobre estos últimos sí recae un deber de participación activa sujeto a ser ejercido de forma leal.

Ahora, desde su rol de socio individualmente considerado, a todos ellos sí es exigible una fidelidad propasiva en relación con todos los actos que puedan afectar a la sociedad frente a terceros; esto quiere decir que les es exigible abstenerse de desarrollar conductas tendientes a realizar impugnaciones abusivas de acuerdos sociales, aprovechamiento desleal de informaciones obtenidas de la sociedad, o el uso de informaciones difamatorias de la sociedad<sup>9</sup>.

En la regulación de la Ley de Sociedades de Capital –en adelante TRLSC<sup>10</sup>– son mínimas las referencias que pueden ubicarse en relación con el deber de fidelidad exigido a los socios. La tradición jurídica en lo relativo a las obligaciones y derechos de los socios ha demostrado la inclinación en sede normativa de enumerar de manera taxativa los derechos, cuestión que no ocurre en materia de deberes.

Sin embargo, del análisis de algunas normas se puede concluir que dicho deber de fidelidad subyace en el espíritu del precepto; piénsese en la posibilidad de impugnar los acuerdos que sean contrarios al interés social o el art. 190 del TRLSC que impone a los socios en determinados supuestos un deber de abstención en la votación de la junta.

El marco sobre el cual se exige un determinado comportamiento al socio es el de la prohibición del socio de obtener ventajas para sí a costa del interés de la sociedad o en perjuicio de otro socio. Pues bien, para determinar sobre quién recae este deber de lealtad habrá de considerarse cuál es el poder de decisión de determinados socios, ya sea mayoritario, de control o minoritario<sup>11</sup>.

9 CEBRIÁ, L. H. "El conflicto entre socios en situaciones de igualdad en las sociedades de capital", en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n.º 56, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, 2011, p. 92.

10 Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

11 Cfr. RODRÍGUEZ, J. M. "Reflexiones sobre los deberes de fidelidad de socios y accionistas", en AA. VV. *Estudios de derecho mercantil en memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Civitas, 2010, p. 458.

En materia jurisprudencial, el hito más importante lo marcó la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1992, que, pese a que se refería a una sociedad civil, hace mención al interés común, inherente al contrato de sociedad, sin entrar en distinciones tipológicas. La sentencia afirma que "[...] sobre todo al deber de fidelidad en que se inspiran numerosos preceptos del CC, expresivos de la prevalencia del interés común que inspira la sociedad sobre el interés contrapuesto de los socios en particular"<sup>12</sup>.

Por lo demás, la mayoría de pronunciamientos sobre este tema se han referido a las sociedades de responsabilidad limitada, específicamente sobre los conflictos derivados de la aplicación del art. 150 TRLSC<sup>13</sup>.

Para RODRÍGUEZ, el estado legislativo actual del deber de fidelidad de los socios permite que sean puestos en un plano similar al de los principios configuradores del tipo social, en tanto y en cuanto aún no se ha previsto una consecuencia específica en caso de infracción. Parece cuestionable la posibilidad de trasladar a las sociedades capitalistas soluciones que han sido previstas para las sociedades de personas, como la revocabilidad de los acuerdos o la exclusión de los socios.

Por lo anterior, lo más conveniente con el estado actual de cosas es la previsión estatutaria de este deber, bajo el ropaje de una prestación accesorio, para de esta forma aplicar las sanciones previstas para esta en caso de incumplimiento, como por ejemplo la exclusión del socio o la venta forzosa de las acciones o participaciones<sup>14</sup>.

### III. EL INTERÉS SOCIAL COMO LÍMITE DE LA ACTUACIÓN DE LOS SOCIOS Y LOS ÓRGANOS SOCIALES

La doctrina y la jurisprudencia española conciben al interés social en un sentido más estricto para identificarlo como un interés común a todos los socios en la esfera social, por lo que se excluye la postura que identifica a este interés con uno superior y distinto del que es titular la sociedad, sin que se trate de establecer una jerarquía de intereses, solo de diferenciar las esferas o conjunto de intereses cuya titularidad última incumbe siempre a los socios. Por tanto, debe negarse la existencia de un interés institucional de la sociedad en sí para otorgarle primacía a un interés distinto del de los propios socios<sup>15</sup>.

La interpretación contractualista del interés social permite concebir a este como una herramienta para integrar el contrato de sociedad con lo que los

12 *Ibid.*, p. 460.

13 Véase por ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 28 de julio de 2005 o la de Castellón de 14 de enero de 2008.

14 RODRÍGUEZ, J. M. *Op. cit.*, p. 469.

15 SÁNCHEZ RUIZ, M. *Op. cit.*, p. 70.

socios habrían pactado para resolver conflictos entre mayoría y minoría si lo hubieran previsto en el momento de celebrar el contrato. Así, ante la falta de una regulación exhaustiva de las relaciones sociales al momento de la constitución de la compañía, además del uso de las normas que regulan concretamente los principales derechos y obligaciones de socios y administradores, es posible acudir a los deberes de lealtad y fidelidad y al interés social como cláusula general integradora de las lagunas inherentes al contrato de sociedad<sup>16</sup>.

El interés social, como interés común o superior de los socios, debe perseguir la consecución de un interés o finalidad legítima, y dejará de ser así cuando la actuación de la mayoría pretenda satisfacer un interés particular o lesionar los intereses legítimos de otros socios; de esta forma, como bien lo recalca POLO SÁNCHEZ,

[...] su planteamiento presupone una relativización del concepto de interés social, ya que, al centrar el debate en la legitimidad subjetiva de los intereses en conflicto y en el consiguiente carácter justificado o injustificado del beneficio de unos y del perjuicio de otros, el interés social deja de ser un concepto absoluto para transformarse en el interés legítimo –o, en su caso, el predominante– entre los intereses de los socios<sup>17</sup>.

#### IV. GRUPOS DE CASOS

##### 1. LA OPRESIÓN DE LA MAYORÍA

El abuso tanto de la mayoría como de la minoría requiere para su concreción legal el concurso de un elemento subjetivo y objetivo; esto quiere decir que es indispensable la intención de obtener un provecho personal y, simultáneamente, el deseo de ocasionar un perjuicio al interés social con el correlativo incumplimiento del deber de fidelidad.

El abuso de la mayoría exige la intención o la efectiva obtención de un beneficio o ventaja, mientras que el de la minoría puede pretender exclusivamente ocasionar un daño a la sociedad o la obstrucción de su funcionamiento, lo que no implica la obtención de una ventaja económica.

Por otro lado, si la solución a la adopción de una acuerdo abusivo adoptado por la mayoría es la declaratoria de anulabilidad una vez ha prosperado un proceso de impugnación, no acontece lo mismo, como se verá en líneas posteriores, en el caso del abuso de la minoría, ya que este último se presenta tan heterogéneo que no permite la adopción de una misma solución jurídica a todos los supuestos, ni tampoco la anulación del acuerdo, pues en este esce-

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 73.

<sup>17</sup> POLO SÁNCHEZ, E. M. *Op. cit.*, p. 2279.



nario el derecho que se está ejerciendo de manera abusiva es precisamente el de impugnación<sup>18</sup>.

El principio mayoritario permite que en la toma de decisiones en la junta general los socios que alcancen una cuota calificada puedan ejercer una presión ilegítima sobre los socios que no tienen la capacidad de influir en esta situación. La adopción del principio mayoritario como un mecanismo para reducir los costes de decisión de la colectividad en interés de todos los miembros exige simultáneamente mecanismos mínimos de tutela para el socio minoritario. La tutela de la minoría, considerada como un objetivo de política jurídica y no como una categoría dogmática, explica el sinnúmero de características que influyen en la figura y que se traducen en igual número ilimitado de factores que deben ser tenidos en cuenta para su regulación.

La tutela en sentido amplio cubre cualquier instrumento jurídico societario susceptible de desempeñar una función tuitiva de los intereses del socio y de la minoría, por lo que coincidirá con las herramientas que contribuyen a limitar el marco lícito del ejercicio del poder de la mayoría. Habrán de incluirse entonces todas las normas de organización interna de las sociedades, tanto formales –las que señalan la competencia de los órganos sociales o las que se refieren al proceso de formación de la voluntad social, al régimen de responsabilidad de los administradores o a la impugnación de los acuerdos– como materiales –las que se refieren a los derechos individuales del socio o de la minoría cualificada.

Sin embargo, tal amplitud en la formulación de esta esfera de protección del socio minoritario proporciona

serias dudas acerca de la utilidad o eficacia limitadora de una expresión tan amplia, habida cuenta de la heterogeneidad de los distintos instrumentos técnico-jurídicos reconducibles a la misma. De ahí que se haya intentado, aunque con base en criterios dispares según los autores, definir el ámbito propio de una "tutela de la minoría en sentido estricto" en la que deben entenderse incluidos únicamente aquellos mecanismos jurídico societarios cuya finalidad directa o "ratio" esencial deba buscarse, precisamente, en su carácter tuitivo de los intereses del socio y de la minoría<sup>19</sup>.

Por lo anterior, la tutela de la minoría en sentido estricto está integrada solamente por aquellos medios que protegen al grupo minoritario inorganizado o al socio aislado frente a los acuerdos que, siendo lícitos formalmente, menoscaban el interés social, entendido este como el interés común de los socios. Por lo que todos aquellos intereses que no coincidan con el interés social o sean

18 RUBIO VICENTE, P. J. *Op. cit.*, p. 104.

19 SÁNCHEZ RUIZ, M. *Op. cit.*, p. 135.

extrasociales no serán susceptibles de tutela, o lo que es lo mismo, la minoría solo será protegida si su interés se identifica con el interés social.

Desde otra perspectiva, hay quienes proponen incorporar como mecanismos de tutela aquellos instrumentos que directamente protegen a la minoría en sí misma considerada y no en cuanto se identifique con el interés social. De acuerdo con GARRIGUES, "en sentido estricto la defensa de la minoría consiste en dejar en suspenso el principio mayoritario, concediendo a la minoría el derecho a resistir y de oponerse a la mayoría sin necesidad de invocar ningún exceso de competencia de la junta general, ninguna trasgresión a la ley, de los estatutos ni del interés social"<sup>20</sup>.

Ahora bien, el legislador reconoce que en el interior de las juntas generales de la sociedad se conforma una estructura de poder en la cual participan únicamente ciertos socios, generalmente los socios de control, por lo que en ocasiones su actuación puede redundar en detrimento de los intereses de los socios externos o minoritarios<sup>21</sup>. Cabe entonces ubicar en este escenario las actuaciones de aquellos socios que, aunque son neutras en relación con el interés social—no reportan un beneficio—, sí se dirigen a ocasionar un detrimento patrimonial a los intereses particulares de la minoría o se dirigen a afectar su posición en la organización social<sup>22</sup>.

De esta forma, la doctrina del abuso del derecho, al ser excepcional, únicamente se considerará cuando el principio de la formación de la voluntad por mayorías sea emitido de forma patológica o distorsionada y no existan otras vías de impugnación o de responsabilidad<sup>23</sup>.

20 GARRIGUES, J. "La protección de las minorías en el derecho español", en *Revista de Derecho Mercantil*, Civitas, 1959, p. 252.

21 Para MEGÍAS LÓPEZ, "las conductas opresivas de la mayoría pretenden en síntesis relegar el interés de los socios no pertenecientes al grupo de control para obtener con exclusividad los beneficios generados por la actividad empresarial, con la finalidad última de lograr la salida de los socios oprimidos adquiriendo su participación por un precio inadecuado, causándoles en definitiva un perjuicio tanto durante el mantenimiento de su participación en la sociedad como en el momento de la salida". En MEGÍAS LÓPEZ, J. "Opresión y obstruccionismo en las sociedades de capital cerradas: abuso de mayoría y de minoría", en *Anuario jurídico y económico escorialense*, n.º 47, Real Centro Universitario Escorial-María Cristina, 2014, p. 30.

22 CEBRIÁ, L. H. "Del socio de control al socio tirano y al abuso de la mayoría en las sociedades de capital", *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 37, Aranzadi, 2011, p. 182.

23 Al respecto POLO SÁNCHEZ manifiesta: "[...] el fundamento último de la doctrina del abuso de derecho [...] reside en la inmoralidad o antisocialidad subjetiva que supone el ejercicio de un derecho, objetiva o externamente legal, al margen de su fin o con intención de perjudicar a un tercero. La legalidad objetiva del derecho, facultad o poder ejercitado; la ilegitimidad subjetiva del móvil o fin perseguido, que reside en la intención de causar daño a otro; el daño a un interés no directamente protegido por una específica prerrogativa jurídica—la lesión de un derecho es directamente contraria a la ley—, son, en sustancia, los conceptos sobre los que la ley, doctrina y jurisprudencia se muestran unánimes para definir el abuso de derecho y perfilar sus requisitos". Y continúa: "[...] La circunstancia, de otra

Como una especial manifestación del poder de la mayoría, debe mencionarse la figura del socio de control o controlador. La realidad social ha demostrado la frecuencia con la que en el órgano decisorio de la sociedad aparecen estructuras de poder en función de la participación de los socios y los derechos de los que son titulares y, con ellas, situaciones de control de socios o grupos de socios<sup>24</sup>. Tal como afirma CEBRIÁ, el fenómeno no se detiene allí, sino que por el contrario se extiende al órgano de administración en virtud de la competencia atribuida a la junta general para el nombramiento y separación de los administradores sociales.

El socio de control es aquel que, en relación con el derecho de voto del que es titular, mediante la concentración de acciones y participaciones, tiene la capacidad de ejercer un control interno u orgánico, es decir, tiene la capacidad para decidir con su voto las situaciones del curso ordinario de la sociedad sometidas al conocimiento de la junta general, por un lado, y por el otro, la capacidad de designar por lo menos de facto a los miembros del órgano de administración; su transición a socio controlador se proyecta una vez supere la esfera potencial de control de la actividad de los órganos sociales, para ejercitar efectivamente su influencia dominante o decisiva sobre los mismos<sup>25</sup>.

parte, de que la doctrina del abuso de derecho cobije asimismo la antisocialidad objetiva, en la que el daño no procede de la intención, sino del exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho, de manera que, por el objeto del acto o por las circunstancias en que se realice, también se sobrepasen manifiestamente los límites normales del ejercicio del derecho [...] contribuye a que la construcción del abuso de derecho sea perfectamente aplicable en todos sus términos a la impugnación de aquellos acuerdos sociales que, aun adoptados por la junta general en uso de su derecho a decidir lo que considere más conveniente a los intereses sociales –incluso con independencia de lo que se entienda por interés social–, su fin último no es otro que el de causar un perjuicio a los socios minoritarios". POLO SÁNCHEZ, E. M., *Op. cit.*, p. 2282.

- 24 "El concepto de 'control' desplaza al concepto tradicional de la 'propiedad' para ubicarse, desde la teoría económica, en el Derecho de Sociedades. El control de la sociedad se evidencia con mayor nitidez desde posiciones mayoritarias en el capital social, a través del derecho de voto, o de la capacidad para la designación de los representantes sociales, de forma que pueda, aun de manera mediata, incidir en la formación de la voluntad de los órganos". CEBRIÁ, L. H. *Op. cit.*, p. 93.
- 25 Cfr. CEBRIÁ, L. H. "Notas para una propuesta de estatuto jurídico del socio controlador en las sociedades de capital", en *Revista de Derecho Patrimonial*, n.º 29, Aranzadi, 2012, p. 253: "Así las cosas, se ha de distinguir entre el socio de control, como aquel socio que tiene la capacidad de controlar, del socio controlador, que ejerce efectivamente su influencia decisoria sobre los órganos sociales, y en particular, sobre el órgano de administración [...]. En este punto, el socio de control puede designar a administradores independientes [...] lo cual impide que, por este medio, pueda acceder a una influencia dominante sobre tal órgano; pero ello, a su vez, no excluye la existencia de control, puesto que seguirá manteniendo la facultad de decidir acerca de la composición de los órganos de administración, sin por ello perder su condición [...] Por el contrario, el socio controlador ha de mantener y efectivamente ejercitar una influencia dominante o decisiva sobre los órganos sociales, en particular, sobre el órgano de administración".

Los deberes de fidelidad y protección del interés social imponen al socio controlador la obligación de subordinar su interés particular al interés superior del conjunto. Así, según lo describe CEBRIÁ,

[...] desde el perfil contractual de la sociedad la *causa societatis* limita la actuación discrecional de los grupos de poder en el ejercicio de sus facultades; complementariamente, desde el plano organizativo, la *affectio societatis* exige la observancia de los socios de una conducta que tienda a que prevalezca el interés común o social, que actúa como 'brújula' de su comportamiento en la sociedad a través de su imposición en las decisiones de los órganos sociales<sup>26</sup>.

Es evidente que en los supuestos en los que dentro de la junta general exista un socio controlador, atendiendo el principio mayoritario de la toma de decisiones, sus votos serán suficientes para determinar la dirección de la empresa social. En este caso, en estricto sentido no se está frente a un "acuerdo", ya que es el socio controlador quien decide por sí mismo, de modo que los socios restantes, aun cuando disidan del acuerdo adoptado, están sometidos a él, salvo que cumpliendo su función de vigilantes y garantes del interés social, acudan a la vía de la impugnación de los acuerdos por violación de la ley, los estatutos o el interés social. La cuestión es cómo proceder cuando la decisión adoptada formalmente está conforme a la ley y a los estatutos y no es contraria el interés social, pero se ha adoptado con manifiesta voluntad de perjudicar los derechos o los intereses legítimos de los socios externos; habrá que preguntarse si es posible acudir a la figura del administrador de hecho y a la exigencia de su responsabilidad con el fin de disminuir los efectos perversos de la falta de regulación positiva sobre la materia<sup>27</sup>.

Para algunos, se debe aplicar un régimen de responsabilidad equiparable al de los administradores, que se funde en el deber de lealtad que debe guiar la actuación del socio controlador, y en caso de actuar de forma ilegítima, la posibilidad de interponer una acción por enriquecimiento injusto que, entre otras consecuencias, indemnice los daños causados a los otros socios<sup>28</sup>. En

26 *Ibid.*, p. 253.

27 Hecho puesto en relieve por CEBRIÁ cuando establece: "Pero fuera de la sanción de anulabilidad de los acuerdos sociales que contraríen el interés social, la regulación positiva no contempla el supuesto en que el socio controlador utilice la junta general, como mero instrumento, como órgano formal, sobre el cual sustentar decisiones que perjudiquen al resto de socios. Dentro del régimen de impugnación de acuerdos de las juntas generales, nuestro derecho de sociedades, a diferencia de otros de nuestro entorno, adolece de una sanción específica, siquiera de anulabilidad, de aquellos acuerdos sociales que, sin lesionar el interés social, causen un perjuicio injustificado, *unfair prejudice*, entre la doctrina anglosajona, y la *intention de nuire* en la francesa". *Ibid.*, p. 267.

28 Cfr. el art. 243.2 de la *AktG*, que excluye la posibilidad de impugnar el acuerdo social que entrañe una ventaja especial a favor del socio, obtenida a través del ejercicio de su derecho

otros supuestos se tratará entonces de que, frente a la existencia de un daño producido al socio externo, por el hecho de la adopción del acuerdo mayoritario logrado con la emisión del voto del socio controlador, el socio afectado pueda reclamar de acuerdo con las reglas generales del derecho la correspondiente indemnización<sup>29</sup>. Además de lo anterior, atendiendo la cláusula resolutoria que en materia de contratos sinalagmáticos recoge en el art. 1124 CC, y trasladándola al tema que nos ocupa, es posible, vía estatutaria, hacer uso del derecho de separación de la sociedad y simultánea asunción de su posición por el socio controlador, lo que se traduce en la obligación de este último de adquirir las acciones de aquel.

Bajo este panorama, los comportamientos abusivos en los que puede incurrir la mayoría social o, si es el caso, el socio controlador se manifiestan en la práctica de muy diverso modo. Entre las conductas más habituales se encuentran aquellas que tienden a limitar o impedir a los minoritarios la obtención de ingresos provenientes de la sociedad, en particular con la privación del derecho a participar en las ganancias de la compañía a través de una política sistematizada de no reparto de dividendos. También puede mencionarse la separación del cargo de administrador de los socios minoritarios, o el despido o resolución de la relación de estos cuando sean empleados de la empresa o bien otro tipo de prestador de servicios. Además, en el caso de la separación del cargo de administrador, se cercena la participación activa del socio minoritario en la gestión social. De este corte también destaca, en el plano de los derechos políticos de los socios, la privación ilegítima y continuada del derecho de información, así como la obstaculización del conocimiento de la convocatoria de la junta general dificultando el acceso por medio de una más compleja forma de convocatoria. Y desde luego, la dilución de la posición jurídica y económica del socio minoritario en la sociedad a través del aumento de capital, financieramente no justificado, en una operación a la que previsiblemente no acudirá el minoritario por no tener incentivos suficientes en su situación de oprimido, o bien porque se suprime el derecho de preferencia "en interés de la sociedad"<sup>30</sup>.

#### a. La retención injustificada de beneficios

El art. 93 TRLSC reconoce el derecho que tienen los socios de participar en las ganancias de la sociedad y el art. 169 TRLSC encarga a la junta general la decisión sobre la aplicación de resultados.

de voto, cuando el acuerdo conceda a los demás accionistas una compensación adecuada por el daño experimentado.

29 Art. 1101 CC: "Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquellas".

30 MEGÍAS LÓPEZ, J. *Op. cit.*, pp. 30-31.

El derecho a la obtención de beneficios está lejos de ser considerado como una facultad absoluta de los socios. La división orgánica de la compañía permite que el órgano de administración sea el encargado de desarrollar estrategias en pro de la maximización de los beneficios, no solo económicos, sino también relacionados con aspectos intangibles, siempre que actúen bajo los parámetros de lealtad y diligencia exigidos por ley. El derecho al dividendo es un derecho contingente, condicionado por la existencia de beneficios y por la aprobación de un acuerdo válido de distribución.

En relación con este derecho se debe afirmar, primero, que la potestad que tienen los socios de reclamar la distribución no se configura como un derecho individual del socio, ni tan siquiera como una expectativa del contrato social; segundo, el acuerdo de distribución celebrado por la junta general no puede en principio alterar la paridad de trato, excluyendo o aminorando la participación de algún socio en el reparto de beneficios; tercero, y pese a los dos extremos anteriores, la junta general mantiene la potestad de crear o ampliar las reservas libres o voluntarias, sin perjuicio del reparto obligatorio a favor de las participaciones y acciones privilegiadas y sin derecho a voto. Bajo estas luces se entiende cómo, salvo que exista una causa legal o de pertinencia financiera que justifique su retención, se deberá proceder con el reparto de dividendos si un socio así lo ha solicitado<sup>31</sup>.

Así las cosas, tal y como apunta CEBRIÁ, la divergencia entre los socios en la junta general y la ausencia de una causa que justifique la falta de distribución de las ganancias obtenidas propician el uso de la figura del abuso del derecho como la única vía para dilucidar el derecho del socio para participar en las ganancias sociales<sup>32</sup>; resulta conveniente atender ciertas circunstancias que pueden indicar esta naturaleza abusiva como la existencia de otras remuneraciones para el socio o grupo mayoritario (en cuanto administradores) en la sociedad distintas del dividendo, la desproporcionalidad de la medida ante el elevado nivel de reservas ya existente; la posible intención de la mayoría de coaccionar a la minoría para que le venda su participación en condiciones más ventajosas o la prolongación en el tiempo de dicha política<sup>33</sup>.

31 CEBRIÁ, L. H. *Del socio de control al socio tirano*, op. cit., p. 185.

32 Tal como lo afirman CAMPINS VARGAS, A. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: "El enjuiciamiento de las decisiones sociales sobre reinversión de los beneficios se ha venido realizando partiendo de la premisa de que es legítima cualquier decisión de reinvertir (vrg. ex artículo 273.1 LSC) salvo que esta pueda calificarse como abusiva (vrg. ex artículo 7.2 CC), lo que exige al impugnante probar que el acuerdo social no responde a otra finalidad que la de perjudicar a la minoría". CAMPINS VARGAS, A. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J. "Abuso de la mayoría en el reparto de dividendos y derecho de separación del socio en las sociedades de capital", en AA. VV. *Liber amicorum Juan Luis Iglesias*, Civitas, 2014, p. 76.

33 SÁNCHEZ RUIZ, M. Op. cit., p. 212.

Por lo general, la línea jurisprudencial en esta materia ha tendido a declarar sin efectos el acuerdo abusivo, pero sin declarar su nulidad o anulabilidad. Han sido pocos los supuestos en los que, además de declarar la nulidad, el juez ha ordenado a la sociedad ya sea al reparto de los beneficios en la parte proporcional de las participaciones de cada socio, o a la aprobación de un nuevo acuerdo en junta que apruebe la asignación en la forma en que lo considere oportuno.

Ahora, para proporcionar una solución con un carácter de permanencia y que busque eliminar de tajo los comportamientos abusivos sistemáticos, el TRLSC en el art. 348 bis estableció que, a partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles, salvo el caso de las sociedades cotizadas.

Pese a lo anterior, actualmente la norma se encuentra suspendida en su aplicación por la disposición transitoria del TRLSC, introducida por el apartado cuatro del artículo primero de la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital. Lo anterior gracias a que la interpretación de la norma permite suponer que tal como ha sido diseñada no es una herramienta exclusiva para la defensa de los intereses de la minoría frente a la opresión de la mayoría, ya que, tal como afirman CAMPINS VARGAS y ALFARO ÁGUILA-REAL, habrá casos en los que el no reparto sistemático de los beneficios responda no a un ejercicio abusivo de las mayorías conformadas en el seno de la junta general, sino, por ejemplo, a que se haya acordado así para dar cumplimiento al objetivo fijado a priori de acometer determinadas adquisiciones.

La sensación que ha dejado la norma es que *per se* está tachando de anti-jurídico el no reparto sucesivo de beneficios, y todo ello sin permitir excluir su aplicación cuando motivos de interés social o de cumplimiento de obligaciones con terceros justifiquen la no distribución de dividendos, todo lo cual puede desencadenar en el ejercicio abusivo del derecho de separación por el socio minoritario, con las gravísimas consecuencias de infracapitalización que ello implica<sup>34</sup>.

## b. Separación de los administradores

La estructura de las sociedades ha sido prevista de tal forma que, dentro de la relación entre la junta general y el órgano de administración, corresponde a la primera nombrar y remover a los miembros del segundo; de esta manera,

34 CAMPINS VARGAS, A. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J. *Op. cit.*, p. 82.



son los socios constituidos orgánicamente en junta general los titulares de una función de censura respecto de la gestión de los administradores, que en últimas puede traducirse en la resolución unilateral del encargo conferido a estos.

Dicho esto, se debe analizar si la decisión tomada por el socio de control o por la mayoría, de separar a un administrador de su cargo, cuando este es un socio minoritario, constituye o no una situación patológica derivada del ejercicio abusivo del principio mayoritario, teniendo en cuenta además que en la mayoría de ocasiones es un contrato laboral el vínculo entre el socio minoritario y la sociedad.

La práctica norteamericana ha establecido una serie de indicios para demostrar el ejercicio de una conducta abusiva cuando, primero, se está en presencia de una sociedad cerrada que carece de un mercado líquido de acciones o participaciones, por lo que el socio minoritario no tiene vías diferentes para obtener el retorno de la inversión efectuada en la sociedad; segundo, el que exista una situación de dependencia económica en la que se puede encontrar el socio cuando la sociedad sea la única o principal fuente de sus ingresos, y tercero, si la extinción del vínculo del socio y la sociedad carece de una causa justificante que la motive.

### c. Fijación de retribuciones entre los socios de control

Al igual que la mayoría de los aspectos relacionados con el órgano de administración, corresponde al máximo órgano social, y en este caso al socio de control, la designación de la remuneración de los administradores –art. 217 TRLSC–. Actualmente la práctica empresarial ha demostrado que el acuerdo de la junta general deviene insuficiente como mecanismo de tutela de los socios. Por esta razón es la jurisprudencia la que ha debido tomar la delantera y establecer a modo de ejemplo la prohibición de asignar retribuciones cuya fuente sean los beneficios repartibles de la sociedad o que provoquen pérdidas en la misma<sup>35</sup>.

### d. Disolución de una sociedad

En principio los socios tienen total libertad de disolver la empresa social mientras el acuerdo sea alcanzado con las mayorías reforzadas que la ley ha previsto para esta operación; sin embargo, es posible estar frente a una conducta abusiva de la mayoría, cuando, tratándose de una sociedad económicamente próspera, la disolución es un mecanismo de exclusión del socio minoritario mediante la posterior adquisición de la empresa social por los socios mayoritarios para continuar con su explotación a través de una nueva sociedad<sup>36</sup>.

35 CEBRIÁ, L. H. *Del socio de control al socio tirano*, op. cit., p. 191.

36 SÁNCHEZ RUIZ, M. *Op. cit.*, p. 208.



### e. Modificación de los estatutos

Por el alcance que puede tener una modificación estatutaria, la ley ha previsto en casos especialísimos —piénsese en el aumento o disminución del capital social, o en la supresión o modificación del derecho de suscripción preferente— una serie de garantías formales y reglas especiales para la tutela de los socios. Sin embargo, pese a este marco normativo, no escapan de la realidad jurídica los casos en los que la mayoría social actúe en abuso de su posición, incidiendo no solo en los derechos económicos, sino también en los derechos políticos del socio minoritario.

De esta forma, operaciones como la ampliación en el capital social, que en principio coincidiría con el interés social, pueden realizarse no para dotar de mayor solvencia a la compañía, sino para alterar los porcentajes de participación en el capital, lo que podría desencadenar la imposibilidad de ejercitar los derechos de la minoría, debido a la dilución de su participación en el capital social. Por tanto, para realizar el desplazamiento hacia el ejercicio abusivo del derecho, habrá que atender las particularidades del caso para determinar si hubo o no una razón suficiente que justificara la ampliación del patrimonio, por lo que el informe justificativo de la modificación por quienes la proponen desempeñaría un rol clave en este asunto<sup>37</sup>.

Esto quiere decir que un acuerdo de aumento de capital, cuando exista un derecho de suscripción preferente, puede ser lesivo de los intereses de los socios minoritarios cuando, además de la ausencia de una justificación económica para llevar a cabo la operación, implique para los socios que no ejerzan su derecho una reducción significativa de la posibilidad de ejercer los derechos de minoría cualificada. También puede ocurrir que, ejerciéndose el derecho de suscripción preferente, las nuevas acciones o participaciones no se emitan por un valor real, reduciéndose la participación de los socios antiguos a favor de los nuevos suscriptores<sup>38</sup>.

De cumplirse las formalidades previstas en la ley para las operaciones de esta naturaleza, difícilmente podrá impugnarse estos acuerdos por vulneración del interés social, ya que un aumento de capital objetivamente no ocasiona un

37 Apoyando esta postura, GARCÍA GARCÍA afirma que se solicita la impugnación porque no hay una causa real y lícita que justifique el acuerdo de aumento de capital, sino únicamente la intención de diluir la participación de la parte demandante en aquel. Es útil para resolver estos conflictos verificar cómo los administradores han justificado la operación de aumento de capital, teniendo en cuenta que la praxis societaria ha demostrado que este tipo de operación es el mecanismo que se usa por excelencia para proveer de fondos a la sociedad, sin necesidad de realizar un proceso de endeudamiento frente a terceros. Véase GARCÍA GARCÍA, E. "La invocación del abuso del derecho en los litigios en materia societaria", en AA. VV. *Cuestiones actuales de derecho de la empresa*, Ediciones de la Universidad de Castilla de la Mancha, 2011, p. 52

38 SÁNCHEZ RUIZ, M. *Op. cit.*, p. 202.

daño a la sociedad porque significa un incremento de los medios patrimoniales con los que cuenta para desarrollar su objeto.

Así las cosas, para determinar la naturaleza abusiva de estos acuerdos, habrá de atender las circunstancias que han rodeado su aprobación, tanto si ha sido adoptado por la mayoría con la intención de perjudicar a determinados socios, como si se ha realizado para la satisfacción de intereses extrasociales de los socios mayoritarios<sup>39</sup>.

## f. Mecanismos de solución

### – Acción de responsabilidad contra el administrador

Tratándose de socios de control, es natural que el poder que estos ostentan dentro de la junta general se traslade al órgano de administración, por lo que este se convierte en un instrumento de poder para oprimir a las minorías. Por esta razón, una conducta antijurídica y culpable de los administradores es razón suficiente para justificar un llamado de responsabilidad.

El ejercicio de la acción de responsabilidad no escapa de los requerimientos de las acciones de este tipo; habrá por consiguiente que demostrar el daño causado al socio minoritario, el hecho dañino y el nexo de causalidad. El problema más frecuente que se presenta en esta materia es la prueba de la antijuridicidad de la conducta del administrador, ya que en la mayoría de oportunidades este presentará su actuación dentro de las normas legales o dentro de los márgenes de discrecionalidad<sup>40</sup>.

### – Impugnación de los acuerdos sociales

En lo que se refiere a la acción de impugnación por lesión al interés social, es usual encontrar obstáculos para la acreditación de este último, ya que en muchas ocasiones la ventaja obtenida por el socio de control como resultado de la opresión a la minoría no es fácilmente comprobable, además de la no identificación entre el perjuicio al interés social y el daño ocasionado a la minoría.

Por esta razón, ha sido necesario tutelar los intereses de los socios minoritarios, no por el camino de la impugnación del acuerdo que vulnera el interés social, sino, como se verá a continuación, por la naturaleza abusiva del mismo, bien sea por el abuso del derecho de voto o por abuso de poder de la mayoría, por lo que a través de esta vía, y no de la de la impugnación, se obtendrá la nulidad del acuerdo<sup>41</sup>.

39 *Ibid.*, p. 203.

40 MEGÍAS LÓPEZ, J. *Op. cit.*, p. 37.

41 En sentencia del Tribunal Supremo n.º 873/2011, de 7 de diciembre, se lee: "Los acuerdos de la mayoría que no persiguen razonablemente el interés del conjunto de los accionistas

## – Aplicación de la teoría del abuso del derecho

En España, a diferencia de otros ordenamientos, no se reconoce la posibilidad de instaurar una acción de impugnación de los acuerdos sociales que, aunque no son lesivos del interés social, sí causan un daño injustificado a los socios<sup>42</sup>. De ahí que en este ordenamiento se recurra a la figura del abuso del derecho como mecanismo correctivo frente a la toma de decisiones egoístas y abusivas de los socios mayoritarios.

Así, para CEBRIÁ,

el recurso a la doctrina del abuso de derecho no requiere que el socio mayoritario, con su intervención, trate de procurarse un beneficio propio, sino que basta, por el contrario, que trate de lesionar la posición jurídica del minoritario, de modo que no atienda a su deber original de colaborar con él en la sociedad. Tampoco es necesario que efectivamente se produzca un daño o perjuicio al socio minoritario, lo cual, en su caso, puede vedar una reclamación por responsabilidad, pero que no por ello dotará de validez al acuerdo social<sup>43</sup>.

## – Compra de acciones o participaciones

Algunos ordenamientos foráneos han planteado como mecanismo de salida a esta situación la obligación del socio mayoritario de asumir la participación del socio minoritario que resulte perjudicado por su comportamiento ilegítimo; de esta forma se superarían los obstáculos que presenta la invocación de un derecho de separación, en relación con los intereses de los acreedores y la posible responsabilidad personal del socio que se ha separado, por las deudas de la compañía.

Si es de buen recibo esta propuesta, habrá que ocuparse de temas conexos a esta materia como la valoración de las participaciones, el término para realizarla de acuerdo con el valor de mercado, o bien, analizar la posible aplicación

desde la perspectiva contractual, ni los de la sociedad, desde la perspectiva institucional, y perjudican a los minoritarios, revelándose abusivos –tanto si se califica el ejercicio del voto como abuso de derecho, como si se entiende que constituye un abuso de poder–, deben entenderse contrarios a los intereses de la sociedad, cuyo regular funcionamiento exige también el respeto razonable de los intereses de la minoría, de tal forma que, aunque el artículo 115.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, aplicable para la decisión del recurso por razones temporales –hoy 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital– silencia el ‘abuso de derecho’ y el ‘abuso de poder’, ello no constituye un obstáculo insuperable para la anulación de los acuerdos sociales en tales supuestos, ya que, a tenor del artículo 7 del Código Civil, son contrarios a la ley –en este sentido apuntan las sentencias de 10 de febrero de 1992, 1136/2008 de 10 de diciembre y 770/2011 de 10 de noviembre”. *Ibid.*, p. 40.

42 Conocido como *unfair prejudice* en la doctrina anglosajona y *la intention de nuire* en la francesa.

43 CEBRIÁ, L. H. *Del socio de control al socio tirano*, op. cit., pp. 199-200.

analógica del art. 353 TRLSC que establece las normas sobre la valoración de acciones de los socios<sup>44</sup>.

## 2. LA TIRANÍA DE LA MINORÍA

En relación con el abuso de la minoría, este puede presentarse con ocasión del ejercicio de los derechos de la minoría en sentido estricto, esto es, aquellos que se han concedido en función de la existencia de determinados porcentajes de capital; o, en sentido amplio, en relación con el ejercicio de los derechos individuales o esenciales del socio, sin que sea relevante el porcentaje de capital que representen, ya que basta con que se acrediten las causas previstas para su utilización<sup>45</sup>.

La práctica societaria ha demostrado que los derechos de la minoría en sentido estricto son los más proclives a ser ejercidos de forma abusiva por las minorías, ya que, tal como lo señala RUBIO VICENTE,

[...] se puede afirmar que su profuso reconocimiento ha favorecido e incrementado, sin duda alguna, los riesgos y la tentación de abusar, al ampliarse cada vez más el potencial ámbito de aplicación y reducirse en algunos casos los porcentajes de capital requerido para su ejercicio, sobre todo a partir de la reforma y adaptación de la LSA a las directivas comunitarias en materia de sociedades. En efecto, la subordinación de estos derechos únicamente a la posesión de una concreta participación accionarial, a pesar de la distinta intensidad de este requisito cuantitativo en las sociedades abiertas y cerradas, y al margen incluso de cualquier connotación normativa de conveniencia, razonabilidad o proporcionalidad de su ejercicio como manifiesta además el silencio de la Ley respecto a cualquier disposición de un requisito de indemnidad del interés social o del resto de socios, así parece venir a confirmarlo<sup>46</sup>.

44 Art. 353. "Valoración de las participaciones o de las acciones del socio: 1. A falta de acuerdo entre la sociedad y el socio sobre el valor razonable de las participaciones sociales o de las acciones, o sobre la persona o personas que hayan de valorarlas y el procedimiento a seguir para su valoración, serán valoradas por un auditor de cuentas distinto al de la sociedad, designado por el registrador mercantil del domicilio social a solicitud de la sociedad o de cualquiera de los socios titulares de las participaciones o de las acciones objeto de valoración. 2. Si las acciones cotizasen en un mercado secundario oficial, el valor de reembolso será el del precio medio de cotización del último trimestre".

45 POLO SÁNCHEZ describe el fenómeno así: "Cuando es la minoría la que ejercita sus derechos de forma claramente obstruccionista, sin otro interés que el de entorpecer la marcha social —cuando no el de negociar al alza la venta de sus acciones—, es evidente que se sobrepasan manifiestamente los límites normales del ejercicio de los derechos, ya que ese ejercicio no solo no responde al interés o necesidad de los accionistas que lo ejercitan [...] sino ni tan siquiera a la utilidad objetiva que proporciona su normal ejercicio". POLO SÁNCHEZ, E. M. *Op. cit.*, p. 2288.

46 RUBIO VICENTE, P. J. *Op. cit.*, p. 85.

Para MEGÍAS LÓPEZ, en estos casos se trata de que es la "[...] minoría quien adopta una postura extrasocial, es decir, de promoción de un interés particular no perteneciente a la causa del contrato y susceptible de perjudicar el interés de la sociedad". Se trata, tal como señala el autor, de desplegar "[...] conductas obstruccionistas de los socios, que en ejercicio de los derechos que les concede la Ley, y amparados por esa legitimación, entorpecen gravemente la marcha de la actividad social de forma injustificada, sin que su comportamiento pueda encontrar sustento en la finalidad pretendida por la norma"<sup>47</sup>.

Esta forma del ejercicio abusivo de los derechos comprende el ejercicio desbordado de los mecanismos de protección, cuando ello se traduce en una actuación sistemática y desproporcionada de acoso frente a la gestión de los administradores o de obstrucción a la marcha ordinaria de la actividad social, que se traduce en la mayoría de las ocasiones en gastos innecesarios o pérdidas de tiempo injustificadas.

Por otro lado, el abuso negativo o voto abusivo se consagra por conductas de bloqueo u oposición sistemática o injustificada en la adopción de decisiones vitales para la sociedad, como las que comprometen su continuidad o disolución o las perspectivas económicas de la compañía. Y se condensa en la no asistencia a la junta general que decidirá sobre la cuestión o haciendo uso del derecho mediante la abstención, voto en blanco o voto negativo.

La dificultad en esta materia es latente, pues, a falta de una regulación expresa que prevea cuáles son los límites de los derechos y por tanto cuándo su ejercicio desborda a estos, corresponde al intérprete acudir a terrenos no más tranquilos como a los principios configuradores del tipo social o a las reglas generales sobre el ejercicio de los derechos.

Así las cosas, como se mencionó en un acápite anterior, el interés social viene a constituir un derrotero relevante para resolver sobre la legitimidad o ilegitimidad de una conducta, por lo que su trasgresión es el resultado de la infracción del deber de lealtad o fidelidad del socio hacia la sociedad y hacia los demás socios, y es que la especial naturaleza del contrato de sociedad, concebido como un negocio jurídico para la consecución de un fin común, demanda una actuación y cumplimiento de las obligaciones de los socios con rectitud, lealtad, exactitud y corrección. En últimas, se trata de trasladar al ámbito societario la aplicación general del principio de buena fe que se proyecta como un deber general del derecho<sup>48</sup>.

47 MEGÍAS LÓPEZ, J. *Op. cit.*, p. 33.

48 "El respeto al interés social y al deber de fidelidad también exige un ejercicio racional, prudente y fundamentado de estos derechos e iniciativas societarias. De lo contrario, un uso sin motivo aparente, con absoluta ligereza o intempestivo, podría llegar a obviar un rechazable conflicto de intereses e irrogar daños a la sociedad, consecuencia de la violación del principio mayoritario de acuerdos". RUBIO VICENTE, P. J. *Op. cit.*, p. 93.

Además de la trasgresión al interés social, es importante que el ejercicio del derecho se haga con la expectativa de satisfacer intereses particulares, lo que implica una relación de incompatibilidad. He ahí el conflicto de intereses cuya solución demanda ser resuelto a favor del mantenimiento del interés de la sociedad. Este interés personal deberá ser interpretado en sentido amplio, ya que reducirlo únicamente a la obtención de compensaciones de tipo económico excluiría un abanico importante de supuestos de ejercicio abusivo de las potestades de los socios, como el caso del ejercicio del derecho de bloqueo<sup>49</sup>; por tanto, habrá de entenderse este interés en el sentido de obtener ventajas económicas y también causar daño a la sociedad o la mera obstaculización sistemática que evite el normal funcionamiento de la sociedad.

Con la proyección de la figura del abuso del derecho sobre el derecho societario, no solo es posible reprimir la intención de dañar a la sociedad, sino también todo desvío de las funciones en el ejercicio de los derechos sociales. La figura del abuso del derecho tal como está concebida sanciona el ejercicio de un derecho, que, aunque legítimo, traspasa los límites impuestos por la equidad y la buena fe. Su esfera de actuación incluye tanto el ámbito subjetivo como el objetivo. El primero para reprimir las conductas omisivas o proactivas cuya finalidad es perjudicar el derecho de otro, y el segundo, referido a las circunstancias de su ejercicio que sobrepasa los límites normales de la función económica-social del derecho<sup>50</sup>.

Respecto a los elementos procesales, la legitimación activa por el ejercicio abusivo de los derechos de los socios minoritarios radicará en cabeza de la sociedad o de los socios mayoritarios, quienes deben probar tanto la conformidad del acuerdo impugnado con el interés social como su importancia en orden a preservar jurídica o económicamente a la sociedad. Por otro lado, la legitimación pasiva se devela más problemática para su identificación cuando no se esté frente a un único socio minoritario, sino cuando aquella minoría esté constituida por una pluralidad de socios cuya suma de votos es imprescindible

49 "[...] en este punto son básicamente dos los derechos afectados por la conducta abusiva: el derecho de asistencia a la Junta General y el derecho de voto. La no asistencia de la minoría podría implicar un defecto de constitución de la Junta cuando se requiera legal o estatutariamente un quórum reforzado; y en similar sentido, un acuerdo del órgano podría no salir adelante sin el voto positivo de la minoría al precisar una cuota a favor reforzada por exigencia de la Ley o los estatutos, votando aquella en contra, en blanco e incluso absteniéndose en la votación". MEGÍAS LÓPEZ, J. *Op. cit.*, p. 34.

50 Concretamente, MEGÍAS LÓPEZ menciona que se acude a la técnica del abuso del derecho "[...] alegándose una superación de los límites normales del derecho concedido, que se equipara a la vulneración de la cláusula general del deber de fidelidad del socio al interés social". Y continúa: "El recurso a la institución de abuso de derecho en este contexto sólo permite la calificación de la conducta como extrasocial y, con base en ello, adoptar una solución parcial del problema que no elimina la posibilidad de que vuelva a suceder en el futuro". *Ibid.*, p. 30.

para impedir el acuerdo social. Se pregunta la conveniencia de demandarlos a todos en una especie de litisconsorcio necesario, solo a aquel que represente la mayoría dentro de esa minoría, o a cualquier socio indistintamente del capital que represente.

Para RUBIO VICENTE, es suficiente con impetrar la demanda hacia uno solo de los socios, pues pese a que la participación individual de cada socio no es suficiente para bloquear la operación, sumada a las demás es imprescindible para obtener el resultado. Un planteamiento diferente obligaría a la instancia jurídica a examinar en detalle el núcleo de participación necesaria para oponerse al acuerdo para demandar a quienes pese a su irrelevante número de participación se suman innecesariamente a la oposición, o bien excluir a los socios que, pese a su oposición, poseen una participación que supera el porcentaje necesario para ello<sup>51</sup>.

#### a. El derecho de información

El derecho de información, como todo derecho subjetivo, está sometido a los límites de un ejercicio conforme a la buena fe y a la prohibición de su abuso. En algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo se ha establecido que no debe admitirse el derecho de información cuando existan las circunstancias subjetivas de la intención de perjudicar a la sociedad o la falta de una finalidad seria y legítima, y las objetivas de anormalidad o exceso en su ejercicio. En particular, se ha afirmado que constituyen circunstancias subjetivas los supuestos en los que se ha pretendido obstruir o paralizar la actividad social o se ha solicitado la información con la intención de ser utilizada para ejecutar fines extrasociales como controlar la actividad comercial a favor de un interés distinto del social.

Con la figura del abuso del derecho se pretende cubrir la necesidad de impedir determinadas manifestaciones del ejercicio del derecho de información indeseables, pero que pueden escapar del amparo de la cláusula protectora del interés social, pues hay intereses no necesariamente sociales que deben ser tutelados de forma preferente a la satisfacción del interés a la información de los accionistas<sup>52</sup>.

51 RUBIO VICENTE, P. J. *Op. cit.*, p. 98.

52 Sobre el derecho de información en general, VALENZUELA GARACH, F. *La información en la sociedad anónima y el mercado de valores*, Civitas, 1993; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T. *El derecho de información del accionista en la sociedad anónima*, McGraw-Hill, 1999; PULIDO BEGINES, J. L. *El derecho de información del accionista*, Tecnos, 1998; PULIDO BEGINES, J. L. *El derecho de información del socio en la sociedad de responsabilidad limitada* (arts. 51 y 86 LSRL), Civitas, 1997; ROMERO FERNÁNDEZ, J. A. *El derecho de información documental del accionista*, Marcial Pons, 2000; ROMERO FERNÁNDEZ, J. A. y JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. *El derecho de información del accionista: objeto, límites y forma de ejercicio*, Marcial Pons, 2001; URÍA GONZÁLEZ, R. *La información del accionista en el derecho español*, Civitas, 1976.

## b. El derecho de impugnación

En la doctrina se ha solido identificar como socios junteros, impugnadores profesionales o socios depredadores, a una clase de accionistas que se caracterizan por ejercer abusivamente los derechos individuales que la ley les ha conferido. En la práctica, las más de las veces son aquellos socios que han adquirido su condición de tal poco tiempo antes de la celebración de la junta general en las compañías cotizadas que ponen a disposición de aquellos sus participaciones en el mercado secundario.

En efecto, aun cuando la atribución del derecho de impugnación tiene como fin directo la defensa de la ley, los estatutos o el interés social, se puede decir que se sitúa por encima o más allá de la tutela de la minoría, siendo esta un mero instrumento para reparar su transgresión que, no obstante, se beneficia indirectamente de ello. Nada impide tampoco la realización de maniobras fraudulentas con ocasión de su ejercicio.

El ejercicio abusivo de este derecho suele presentarse, en palabras de RUBIO VICENTE, en impugnaciones infundadas, frecuentemente realizadas por socios que han adquirido tal estatus antes de la celebración de la junta, sembrando con ello la sospecha sobre la gestión social y posibilitando la suspensión de acuerdos decisivos con el consiguiente coste y perjuicio derivado del retraso de su ejecución, hasta impugnaciones que pese a estar fundamentadas jurídicamente son utilizadas como mecanismo de presión frente a la sociedad para comerciar con la amenaza de su ejercicio o desistimiento; conducta esta última que, aunque puede revestirse diversas modalidades, se advierte en el pago de un precio desproporcionado por las acciones del socio o en la obtención de cualquier otro tipo de ventajas —únicamente explicables desde esta perspectiva—, sin tener que perder su condición de accionista (nombramiento como consejero, celebración de contratos con la sociedad, etc.), y que puede llegar a afectar negativamente, según sus distintas dimensiones, al patrimonio y la viabilidad económica de la sociedad<sup>53</sup>.

## c. Remedios frente a la situación de abuso

Hay tantas conductas abusivas como supuestos de sanción; por ello, en esta materia no es posible generalizar una única e idéntica sanción para todas las situaciones abusivas. No es posible reducir todos los supuestos a una indemnización de perjuicios, figura que parece insuficiente en el caso de abuso negativo o de bloqueo, ya que, una vez se ha comprometido la supervivencia de la sociedad, se ha comprometido también el interés social de mantener la continuidad de la empresa.

53 Cfr. RUBIO VICENTE, P. J. *Op. cit.*, pp. 88-89.



En los supuestos de abuso positivo, debido a que estos se amparan en la solicitud judicial de origen legal o estatutario, una vez corroborado el ejercicio abusivo, corresponderá al juez desestimar las pretensiones e imponer la indemnización por los daños o perjuicios que se hubiesen ocasionado, sobre la base de una conducta temeraria o imprudente.

En cambio, la solución no es tan pacífica tratándose del ejercicio abusivo del derecho de voto; se debe descartar de plano la indemnización de daños y perjuicios como solución exclusiva y excluyente, y se debe considerar y explorar la vía de la reparación *in natura*, ya que, producida la situación de bloqueo, se torna indispensable obtener la aprobación del acuerdo rechazado, sin llegar al extremo de exigir al socio su asistencia a la junta y la emisión favorable de su voto, pues se estaría coaccionando la libertad de asistencia y voto del accionista, más aún si este ya se había pronunciado en sentido negativo. En Francia, por ejemplo, se han contemplado dos vías: la designación de un mandatario *ad hoc* o la consideración de que, una vez reconocido el abuso en la sentencia emitida por el juez, este equivale a la adopción del acuerdo.

En el primer caso, en sentencia de 9 de marzo de 1993, el juez procedió al nombramiento de un mandatario para que representara al socio minoritario no compareciente, y en su lugar emitiera el voto en pro del interés de la sociedad en una junta celebrada con posterioridad. Solución que deviene inoportuna si se tiene en cuenta que esta última reunión puede ser convocada con una posterioridad considerable y, además, solo incluye los supuestos de ausencia o falta de voto. Por estos motivos resulta más bondadosa la solución que convierte a la sentencia que reconoce el abuso en un acto de adopción de un acuerdo, solución adoptada por la sentencia del Tribunal Mixte de Commerce de Pointre-a-Pitre, de 9 de enero de 1987, ya que la adopción del acuerdo en estos términos tiene la virtualidad de, además de hacer desaparecer la situación de abuso, impedir la prolongación del bloqueo injustificado<sup>54</sup>.

En relación con los comportamientos abusivos relativos al derecho de información, Alemania ha sido pionera en establecer mecanismos correctivos; de esta manera, con el fin de promover la calidad de los debates en el seno de la junta general y facilitar la oposición del órgano de administración a las actuaciones abusivas de los accionistas, se introdujeron reformas al § 131 AktG y al § 243 AktG. Así, se permite a los administradores denegar la información que soliciten los accionistas cuando esta ya esté consignada desde el séptimo día anterior a la junta y durante su transcurso en la página web de la sociedad. En un sentido similar, se permite que en los estatutos o en el reglamento de la junta general se limite a un tiempo adecuado el derecho de palabra y de pregunta de los accionistas. De esta manera, con la reforma legal se propició mayor seguridad jurídica a las actuaciones del presidente de la junta, ya que con el respaldo

54 *Ibid.*, p. 100.

legal disminuyó la litigiosidad sobre la proporcionalidad o no de las medidas tomadas por aquel; con esta base positiva ya es posible tomar medidas como limitar temporalmente y para todos los socios el derecho de información y el derecho de palabra<sup>55</sup>.

Pues bien, atendiendo las modificaciones implementadas en el régimen alemán, en España el art. 520.2 TRLSC introdujo una limitación al derecho de información en el ámbito de las sociedades cotizadas, en el sentido de habilitar a los administradores a negarse a responder los cuestionamientos que se realicen en el desarrollo de la junta, cuando bajo la fórmula pregunta-respuesta ya hayan sido satisfechos y publicados en la página web de la sociedad. Adicionalmente, el art. 197.2 TRLSC establece que, de no ser posible por los administradores realizar una contestación inmediata a las preguntas realizadas durante la celebración de la junta general, ya sea debido a que para ello se exige una mayor preparación o, en caso de responder, ello requeriría un tiempo excesivo, los administradores podrán postergar la respuesta y proporcionarla por escrito dentro de los siete días siguientes a la terminación de la junta.

Ahora, al igual que acontecía en Alemania antes de la reforma introducida a la *AktG*, actualmente no hay en la legislación española una norma que respalde el comportamiento discrecional del presidente de la junta para limitar en el tiempo el uso de la palabra por los socios en el desarrollo de la reunión. Sin embargo, el enfoque doctrinal y jurisprudencial ha respaldado tal atribución concluyendo que, si es al presidente a quien le corresponde dirigir las deliberaciones de la junta, a él también le corresponderá la determinación de los eventuales límites al ejercicio del derecho de discusión del asistente a la reunión cuando sea patente su ejercicio abusivo y en detrimento del interés social.

Aquel reconocimiento no ha escapado tampoco de algunos límites para evitar su ejercicio desproporcionado; entre estos destaca, primero, el de necesidad; las medidas podrán ser tomadas solo cuando sean indispensables para garantizar el desarrollo ordinario de la reunión; segundo, el de proporcionalidad de los medios empleados; y tercero, el de igualdad de trato para no favorecer a un grupo de accionistas en detrimento de otros, ni de excesiva protección a la minoría en perjuicio de la mayoría<sup>56</sup>.

Ahora, en relación con el abuso del derecho de impugnación, como ya se señaló, en Alemania la reforma del § 243 *AktG* hizo parte de la política legislativa por cerrar el campo de acción de los socios depredadores; con la reforma se han limitado las causales, en relación con la vulneración al derecho de información, que pueden sustentar una futura impugnación de los acuerdos sociales. Esta tarea se ha acometido mediante la prescripción, primero, de una cláusula general y, posteriormente, mediante supuestos específicos que clari-

55 FUENTES NAHARRO, M. *Op. cit.*, p. 17.

56 *Ibid.*, p. 22.

fican cuándo no existen infracciones al derecho de información que propicien el ejercicio del de impugnación.

La cláusula general establece que solo se podrán impugnar los acuerdos que se basen en información incorrecta, incompleta o denegada si, de acuerdo con una valoración objetiva, dicha información hubiera resultado esencial para el accionista con miras a tutelar su derecho a la participación o sus derechos de socio, evitando así la impugnación por defectos leves en la información o que no sean determinantes para formar la voluntad del accionista. Sin embargo, tal como señala FUENTES NAHARRO, las críticas por la indeterminabilidad de la esencialidad de la información no se han hecho esperar, pues un amplio sector de la doctrina considera que tal como está formulada la norma no se proporciona suficiente seguridad para garantizar la especialidad que pretendía la reforma en esta área<sup>57</sup>.

Adicionalmente, la norma excluye como informaciones en las que pueda basarse la impugnación, por su inexactitud o carácter incompleto, las relativas a la valoración de compensaciones o indemnizaciones que la sociedad deba a los accionistas y respecto de las cuales se aplique el proceso de jurisdicción voluntaria previsto para la resolución de estas disputas.

Dentro de la dinámica del socio depredador, el derecho de impugnación cobra importancia por servir de medio para obtener ventajas extrasocietarias o para buscar una negociación con el objetivo de lograr un reconocimiento patrimonial. Por esta razón, las recientes reformas legislativas se han inclinado por limitar la legitimación activa de quienes están habilitados para hacer uso del mecanismo impugnatorio.

En Italia, por ejemplo, la reforma del art. 2377 del Codice Civile, llevada a cabo mediante el Decreto Legislativo 6/2003, introdujo la regla del umbral mínimo que antes solo estaba prevista para las sociedades cotizadas en supuestos concretos; así las cosas, solo podrá ser solicitada la anulabilidad de los acuerdos de la junta de socios por un número de socios que sean titulares de acciones con derecho a voto, individual o conjuntamente, y que representen el 1 % de capital social en las sociedades cotizadas, o el 5 % en las sociedades cerradas. Con esta norma el legislador italiano desea proporcionar mayor estabilidad a las decisiones tomadas en la junta, protegiendo la seguridad jurídica de las relaciones sociales, así como los intereses de los terceros. Pese a lo anterior, la norma va más allá y permite que el o los socios que no consigan este umbral utilicen un mecanismo alterno mediante el ejercicio de una acción patrimonial que les permitirá ser resarcidos por los daños ocasionados por el acuerdo, sin que ello signifique restar validez a aquel; de esta forma se restaura el perjuicio económico que hubiera podido derivarse para el socio producto del acuerdo.

57 *Ibid.*, p. 24.

Sin embargo, hay voces de disconformidad por la reforma acometida, debido a que se estaría sacrificando el interés individual del socio sobre la legalidad del actuar de la sociedad, y más cuando se entiende que no siempre un acuerdo tomado en contravención de la ley o los estatutos puede significar un perjuicio patrimonial al socio. Asimismo, es criticable que la norma demande que, al momento de instaurar la acción, los interesados posean el umbral de acciones previsto, por lo que socios que no participaron en la adopción del acuerdo pueden impugnarlo, y aquellos que siendo ahora exsocios están en imposibilidad de hacerlo.

En Alemania fueron en principio reacios a acudir a la figura de la restricción de la legitimación activa para una minoría cualificada, pues consideraban que era una medida en exceso agresiva. Un primer acercamiento legislativo incorporó una limitación menos drástica al excluir como legitimados para imponer la acción a aquellos socios que hubieran adquirido tal calidad con una mínima antelación a la junta, pues podría fácilmente deducirse que lo hacían solo con la intención de interponer una demanda con posterioridad, medida que demostró ser poco efectiva, ya que los conocidos como "demandantes profesionales" ya contaban con un porcentaje de participación en las sociedades cotizadas y además les resultaba relativamente fácil conocer las operaciones societarias proyectadas incluso antes de la convocatoria de la junta, gracias a las normas de transparencia de la información en este tipo de sociedades<sup>58</sup>.

Una segunda reforma del § 246 AktG introdujo el procedimiento de jurisdicción voluntaria para los supuestos en los que se impugnen los acuerdos que deben ser inscritos en el Registro Mercantil; de esta forma se busca determinar, en el trámite de jurisdicción voluntaria, si es oportuno o no suspender la inscripción del acuerdo. Sin embargo, las críticas aún se mantenían, lo que desencadenó finalmente la reforma que introduciría el ya conocido umbral mínimo de legitimación activa de los accionistas, circunscrito a mil euros de capital nominal.

Resultado de lo anterior, y armonizando las medidas tomadas en el seno del proceso de jurisdicción voluntaria o liberalizador, se tiene que, de no decretarse la suspensión provisional de la inscripción del acuerdo en el Registro Mercantil, pero probándose con posterioridad que el fundamento de la acción de impugnación era acertado, el socio accionante no podrá solicitar la anulación del acuerdo, pero sí la indemnización de los daños que recoge el § 246 a. 4 AktG.

Ahora, en España el tema no se ha desarrollado legalmente, sino de la mano de los pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales. En relación con el elemento temporal de la impugnación, contra todos los pronósticos y para sorpresa de un importante sector de la doctrina, una reciente sentencia del Tribunal Supremo interpretó amplísimamente la legitimación del accionista,

58 *Ibid.*, p. 29.

que en providencias anteriores se había venido limitando, para aceptar como impugnantes de un acuerdo a los socios que para la época de su adopción no ostentaban tal calidad, siguiendo la línea italiana descrita anteriormente. En relación con los umbrales mínimos, aún se espera realizar modificaciones a la ley que cualifiquen la legitimación activa a un porcentaje de capital en las sociedades cotizadas, además de concebir mecanismos alternos de indemnización por los perjuicios causados por el acuerdo a favor de los socios que no consigan ser parte de dicho umbral.

### 3. EL ABUSO DE IGUALDAD

Este tipo de abuso surge en los supuestos en los que existe un control paritario de la sociedad. En este escenario, la cuestión no se reduce al ejercicio de una posición de dominio de un socio mayoritario respecto de otro, en que se presenta un desequilibrio de poderes entre los socios, sino que existe una igualdad de derechos en la sociedad que se traduce en una facultad de bloqueo mutua.

Estas situaciones son frecuentes en las sociedades de responsabilidad limitada cuando hay un equilibrio de los derechos de los socios paritarios que cuentan con una participación idéntica del cincuenta por ciento en el capital social, o en el caso de las sociedades anónimas, cuando hay dos extremos de control conjunto que se han conformado por la celebración de pactos parasociales de sindicación de voto; aquí se excluye la posibilidad de que puedan existir otros socios externos al control, como los socios minoritarios, o incluso sindicatos de la minoría, que puedan actuar en defensa de su común posición jurídica<sup>59</sup>.

#### **a. Falta de aprobación de las cuentas anuales y distribución del resultado del ejercicio<sup>60</sup>**

Cuando se trate de adoptar el acuerdo que habrá de aprobar las cuentas anuales, uno de los socios o conjunto de socios puede adoptar una postura obstructivista, no fundamentada y sin motivo aparente para emitir su voto en sentido negativo, excediendo el cauce normal del ejercicio del derecho de voto y propiciando un perjuicio para la sociedad.

Ahora, en relación con la distribución de dividendos, uno de los socios puede hacer uso de su derecho a exigir el derecho a las ganancias que le correspondan por su participación en la sociedad, por lo que el reparto devendrá obligatorio cuando no se llegue a un acuerdo para su imputación como reservas voluntarias de la sociedad. Sin embargo, esta exigencia puede tener el matiz de un abuso de igualdad cuando contraríe al interés social, por ejemplo por-

59 CEBRIÁ, L. H. *El conflicto entre socios en situaciones de igualdad*, op. cit., p. 99.

60 *Ibid.*, p. 110 y ss.

que la situación financiera y la proyección de las inversiones requeridas por la compañía para la adecuada explotación del objeto social pueden exigir la retención de las ganancias obtenidas en la sociedad.

#### **b. El bloqueo de modificaciones estatutarias y de operaciones sobre el capital**

Otro de los supuestos comunes de bloqueo del socio paritario lo constituye su negativa de emitir el voto favorable para aprobar los acuerdos de modificación estatutaria que por ley requieren una mayoría reforzada, así como la conducta omisiva de asistir a la junta general, o de abstenerse de votar. Conductas estas que pueden desencadenar un perjuicio notorio al interés social al evitar la adopción de los acuerdos que sean necesarios para la supervivencia de la sociedad como organización y para el cumplimiento de los requisitos que exige el capital social, por ejemplo por la falta de aprobación de la reducción de capital por pérdidas, cuando es sabido que de acuerdo con lo previsto en el art. 363.1 del TRLSC constituye una causal de disolución, cuando las pérdidas dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social<sup>61</sup>.

#### **c. El bloqueo en decisiones de disolución y liquidación de la sociedad**

Cuando se incurre en una causal de disolución obligatoria de la sociedad, corresponde a la junta general resolver sobre el tema e instar por la disolución de la compañía; la mayoría de conflictos de abuso de igualdad sobre este tema se refieren a la falta de consenso para proceder a designar al liquidador social, pues, aunque la mayoría de las veces es el administrador de la sociedad el llamado a cumplir esta labor, lo usual es que cada uno de los socios busque el visto bueno favorable para el administrador al que es afín, mientras que el socio disconforme velará por la elección de un liquidador judicial.

Una amplia interpretación del art. 377.2 TRLSC permitiría concluir que cualquier interesado puede solicitar la designación de un liquidador judicial, además de los supuestos señalados allí –fallecimiento o cese del liquidador único, de todos los liquidadores solidarios, de alguno de los liquidadores que actúen conjuntamente, o de la mayoría de los liquidadores que actúen colegiadamente, sin que existan suplentes–, cuando exista un conflicto entre los socios que ponga en riesgo una solución de equilibrio de intereses<sup>62</sup>.

61 *Ibid.*, p. 113.

62 Sobre el particular, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2007 (n.º 60 I/2007. RJ\2007\3609) que en el fundamento cuarto señala: "[...] Si hay igualdad de razón jurídica debe haber también identidad de disposición concreta [...] La aplicación del método analógico en el presente caso resulta clara. Existe un supuesto de hecho –el contemplado

#### d. Mecanismos para la solución del bloqueo

Dentro de los lineamientos de los códigos de buen gobierno, se ha previsto la designación de un administrador independiente para superar las situaciones de bloqueo y que sea este quien emita el voto dirimente, además de la creación de comisiones ejecutivas o de control donde participen uno de los socios paritarios y el administrador independiente con el fin de orientar la política de gestión de la compañía hacia la satisfacción del interés social. Tal como lo señala CEBRIÁ, "la formación de comités de auditoría, como órgano voluntario, puede actuar como un medio a través del cual encauzar las actuaciones desleales de cualquiera de los socios paritarios, especialmente cuando participen en el órgano de administración o tengan asignadas funciones ejecutivas"<sup>63</sup>.

Como medidas preventivas, en los estatutos también suelen incorporarse cláusulas de desbloqueo en las que los socios acuerdan un plazo para negociar de buena fe, con la obligación de hacerlo de forma efectiva, e incluso sometidos a una responsabilidad por culpa *in contrabando*, con el objetivo de lograr un acuerdo sobre las cuestiones controvertidas. Bajo este marco, el pacto suele incorporar la intervención de un mediador, función ejercida de forma habitual por el administrador independiente.

Dentro de los remedios legales, como se ha demostrado, es posible acudir a la figura del abuso del derecho. En los grupos de casos expuestos puede percibirse como denominador común la extralimitación en el ejercicio de los derechos de los que son titulares los socios. Como se ha señalado, el socio paritario puede asumir conductas que comprometan gravemente el interés social y el normal funcionamiento de los órganos sociales. Por lo tanto, las conductas de los socios paritarios que persigan un beneficio particular y que simultáneamente provoquen un daño a la sociedad deben encajarse dentro de las conductas típicas de abuso del derecho. De esta forma, se reitera, los deberes de corrección, lealtad y colaboración, como manifestación de la *affectio societatis*, demandan que el socio no ejercite sus derechos al amparo de una norma que formalmente se presenta legal, pero con finalidades no previstas en ella<sup>64</sup>.

en el proceso— en el que, al no estimarse aplicable el art. 110.1 LSRL, se produce una laguna por falta de previsión legal específica. Hay una norma legal que se refiere a otros supuestos que no coinciden con el que se enjuicia, pero con igualdad jurídica esencial —necesidad de nombramiento e inoperancia al respecto de la Junta General—. Y no existe disposición legal prohibitiva. Por ello la decisión del juzgador *a quo* estimando la pretensión de designación judicial *ex art.* 110. 3 LSRL es acertada". En este mismo sentido, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28) de 26 de enero de 2007 (JUR 2007, 156806), de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4) de 2 diciembre de 2010 (AC 2011, 186), y el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15) de 16 de febrero de 2009 (AC 2009, 364).

63 CEBRIÁ, L. H. *El conflicto entre socios en situaciones de igualdad*, op. cit., p. 121.

64 *Ibid.*, p. 125.



Como es sabido, entre las soluciones que trae consigo la teoría del abuso del derecho está la de la posibilidad de reclamar al autor de la conducta la indemnización de los daños y perjuicios producidos a la sociedad. Si la conducta de bloqueo, por la especial relación que ostentaba el socio infractor y el administrador, se ha extendido al órgano de administración, los demás socios estarán también legitimados para reclamar la responsabilidad del órgano de administración.

En un sentido similar, la cláusula correctiva que el art. 7.2 CC desarrolla permite a la autoridad tomar las medidas judiciales o administrativas necesarias, con el fin de impedir la persistencia del abuso, por lo que es posible tener un abanico de soluciones mucho más amplio para remediar el abuso de igualdad, cuando este se deriva no de una conducta activa del socio paritario, sino de su voto negativo o ausencia del mismo.

En algunos ordenamientos, la solución se ha previsto a partir de una concepción del derecho de voto como una obligación de hacer no personalísima, por lo que es posible designar a un tercero, para que sea este quien actúe como representante judicial del socio de bloqueo y proceda a emitir el voto en el sentido que la preservación del interés social lo demande. Sin embargo, la celeridad en la toma de decisiones y la adopción de acuerdos mediante conductas ejecutivas no son soluciones que en términos reales procuren la ejecución del fin social<sup>65</sup>.

Por último, como una medida más radical pero con el propósito de otorgar una solución de fondo a las situaciones sistemáticas de bloqueo y con el fin de velar por la adecuada consecución del fin social, se ha considerado la posibilidad de que en los estatutos se incorpore como causal de exclusión la condena por un comportamiento abusivo en el ejercicio de los derechos. La exclusión como mecanismo de salvaguarda podría configurarse como una consecuencia natural de la existencia de una condena indemnizatoria a cargo del socio o como resultado de la existencia de una resolución judicial en firme que ratifique la existencia de una cláusula de exclusión.

## CONCLUSIÓN

Las líneas anteriores han demostrado que el planteamiento de antaño, que predicaba la maldad de la mayoría y la bondad de la minoría dentro de las estructuras de poder connaturales a la organización social, hoy carece de fundamento y que la regulación en la materia aún dista de ser completa, aunque sí compleja.

Es necesario reevaluar la política legislativa que ha otorgado prioridad a la protección de los intereses de los socios minoritarios y ha propiciado, sin querer, la mutación de este grupo a la de socios que hacen uso de sus facultades por fuera de las fronteras de un ejercicio legítimo. No es posible desconocer,

65 *Ibid.*, pp. 127-128.



tampoco, que el panorama al que se enfrenta el intérprete jurídico está alimentado por una pluralidad y heterogeneidad de supuestos de ejercicio abusivo de derechos, que demandan una reconducción y sistematización legal que vele por un adecuado sistema de pesos y contrapesos en el funcionamiento de la junta general.

Los conflictos sociales que de hecho se presentan no se han tratado con una adecuada técnica legislativa y política que permita abordar la mayoría de las vertientes de este fenómeno, ya que el abuso de unos y la tiranía de otros han adoptado variados perfiles en función del tipo social y de la participación o no de la sociedad en un mercado de valores.

Es evidente que el punto de partida común que debe tomarse como referencia en la construcción de los mecanismos de resolución de este tipo de conflictos es la necesidad de efectuar un juicio de valor sobre la conducta del socio en su relación interna con los demás socios y con la sociedad; específicamente, una valoración sobre la adecuación de su comportamiento a su deber de fidelidad al interés social.

En la medida en que el socio se haya desviado de los límites de su derecho, será imprescindible la tutela de los afectados; y, por el contrario, si se aprecia la razonabilidad de la postura adoptada aun siendo promotora de un interés propio, entonces no procederá la intervención correctiva, y es que los remedios que se introduzcan en esta materia deberán ser preventivos y, en la medida de lo posible, deberán evitar una intromisión inoportuna en la ordenación de la vida societaria.